



PENALIZACIÓN POR BAJA ANTICIPADA PARA CAMBIAR DE SUMINISTRADOR DE ENERGÍA EN CONTRATOS A PRECIO FIJO: LA CLÁUSULA «TAKE OR PAY»*

*Ana Isabel Mendoza Losana***
Profesora Titular de Derecho civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 6 de septiembre de 2024

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 11 de enero de 2024, asunto C-371/22: la normativa europea del mercado eléctrico no prohíbe las penalizaciones por baja anticipada en caso de cambio de suministrador en contratos de suministro eléctrico con consumidores (domésticos o no) de duración determinada y a precio fijo, siempre que dichas cláusulas cumplan las exigencias de transparencia y el órgano (administrativo o judicial) que resuelve los eventuales conflictos pueda moderar las cláusulas y en su caso, adecuarlas a los perjuicios probados sufridos por el suministrador.

1. Hechos y cláusula conflictiva

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de enero de 2024, asunto C-371/22, se pronuncia sobre una cláusula «take or pay», esto es, una cláusula de penalización incluida en un contrato de suministro de energía eléctrica a precio fijo y con una duración determinada celebrado entre un suministrador y un consumidor final no doméstico (pequeña empresa). La cláusula en cuestión reconocía al consumidor el

* Este trabajo es parte del Proyecto de I+D+i PID2021-128913NB-I00, titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, financiado/a por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ y “FEDER Una manera de hacer Europa” dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato, del Proyecto de Investigación SBPLY/23/180225/000242 “El reto de la sostenibilidad en la cadena de suministros y la defensa del consumidor final” cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, en el marco del Programa Operativo de Castilla-La Mancha 2021-2027, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Carretero García y de las Ayudas para la realización de proyectos de investigación aplicada, en el marco del Plan Propio de investigación, cofinanciadas en un 85% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el proyecto titulado “Modelos jurídicos eficientes de consumo sostenible”, con Ref.: 2022-GRIN- 34487 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana.

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1207-2322>



derecho a resolver el contrato mediando preaviso y al suministrador el derecho a exigir al consumidor el pago de una cantidad correspondiente al precio de la electricidad que dicha sociedad se había comprometido a comprarle, pero que aún no había pagado ni consumido, precio que se estipulaba en el citado contrato.

En el caso, se ha de constatar que la baja unilateral por cambio de suministrador se produce el 25 de febrero de 2015, solo dos días después de la renovación del contrato (el 23 de febrero de 2015) que venía prorrogándose desde el 2010, por dos años más (hasta el 31 de diciembre de 2016). La penalización ascendía a unos 14161 €.

El consumidor se opone al pago de la penalización alegando que conforme al artículo 3.5 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE (DO 2009, L 211, p. 55)¹, no se le podía imponer la penalización contractual por el cambio de suministrador, pues el suministrador no había sufrido un perjuicio, sino únicamente un lucro cesante. El suministrador, por su parte, objetaba que, conforme a la legislación civil polaca (art. 484.1 CC²), el importe de una penalización contractual es el previsto en el contrato, independientemente del importe del perjuicio sufrido.

En contra, el consumidor recurrente invoca el apartado 3 del artículo 12 de la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE (DO 2019, L 158, p. 125)³, que sí condiciona la penalización a la

¹ Artículo 3.

5. Los Estados miembros garantizarán que:

a) en caso de que un cliente, en el respeto de las condiciones contractuales, desee cambiar de proveedor, el cambio se efectúe en un plazo de tres semanas por parte del gestor o gestores de que se trate [...]

[...]

Los Estados miembros garantizarán que los derechos enunciados en las letras a) y b) se reconozcan a todos los consumidores sin discriminaciones por cuanto a costes, esfuerzo o tiempo se refiere.

[...]

²Art. 484 CC de Polonia:

«§ 1. En caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de una obligación, el acreedor tendrá derecho a una penalización contractual por el importe estipulado para ese supuesto, con independencia de la gravedad del perjuicio sufrido. No se admitirá ninguna pretensión de indemnización de daños y perjuicios que exceda del importe de la penalización prevista, a menos que las partes hayan acordado lo contrario».

³ «[...] Los Estados miembros podrán permitir que los suministradores [...] cobren penalizaciones por resolución del contrato a los clientes que pongan fin voluntariamente a contratos de suministro de precio fijo de electricidad [de duración determinada] antes de su vencimiento, siempre y cuando esas penalizaciones formen parte de un contrato que el cliente haya celebrado voluntariamente y sean comunicadas claramente al cliente antes de celebrar el contrato. Dichas penalizaciones serán proporcionadas y no sobrepasarán la pérdida económica directa para el suministrador [...] que resulte de la



causación efectiva de un daño al suministrador, daño que ha de ser probado por el propio suministrador.

Conforme a la normativa nacional aplicable (ustawa — Prawo energetyczne, ley polaca sobre la energía, de 10 de abril de 1997), el contrato podrá determinar los gastos o indemnizaciones a los que tendrá que hacer frente el usuario en caso de baja anticipada en contratos de duración determinada a precio fijo (art. 4j, apartado 3^a). A su vez y por lo que aquí interesa, el Código Civil polaco permite al deudor solicitar una reducción de la penalización contractual cuando haya ejecutado una parte sustancial de la obligación o en caso de que la penalización contractual sea manifiestamente excesiva” (art. 484.2⁴).

2. Cuestiones prejudiciales planteadas

En esas circunstancias, el órgano judicial llamado a resolver el recurso del consumidor contra la sentencia que estimó la reclamación de pago del suministrador, plantea al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1^a. ¿Debe interpretarse el artículo 3, apartados 5 y 7, de la Directiva 2009/72, que exige que el ejercicio de los derechos que competen al cliente de suministro de electricidad (una pequeña empresa) en caso de cambio de suministrador se lleve a cabo respetando el principio que garantiza a los clientes cualificados que puedan cambiar fácilmente de suministrador si así lo desean y sin discriminaciones por cuanto a costes, esfuerzo o tiempo se refiere, en el sentido de que se opone a la posibilidad de que se imponga al cliente una penalización contractual por la resolución del contrato de suministro de electricidad, celebrado por tiempo determinado, en el supuesto de que desee cambiar de suministrador de electricidad, con independencia de la cuantía del perjuicio sufrido (artículos 483, apartado 1, y 484, apartados 1 y 2, del Código Civil) y sin que en la Ley sobre la Energía se establezca criterio alguno para el cálculo de los pagos debidos y la determinación de su importe?
- 2^a. ¿Debe interpretarse el artículo 3, apartados 5 y 7, de la Directiva 2009/72, que exige que el ejercicio de los derechos que competen al cliente de suministro de electricidad (una pequeña empresa) en caso de cambio de suministrador se lleve a cabo sin

resolución del contrato por parte del cliente, incluidos los costes de cualquier inversión o servicios agrupados ya prestados al cliente como parte del contrato. La carga de la prueba de la pérdida económica directa recaerá siempre sobre el suministrador [...] y la permisibilidad de las penalizaciones por resolución del contrato será supervisada por la autoridad reguladora u otra autoridad nacional competente.»

⁴ Art. 484 CC de Polonia:

«§ 2. El deudor podrá solicitar una reducción de la penalización contractual cuando haya ejecutado una parte sustancial de la obligación; lo anterior también resultará aplicable en caso de que la penalización contractual sea manifiestamente excesiva.»



discriminaciones por cuanto a costes, esfuerzo o tiempo se refiere y respetando el principio que garantiza a los clientes cualificados que puedan cambiar fácilmente de suministrador si así lo desean, en el sentido de que se opone a una interpretación de las cláusulas contractuales conforme a la cual, en el supuesto de resolución anticipada del contrato de suministro de electricidad celebrado con un suministrador por tiempo determinado, es posible que se impongan a los clientes (pequeñas empresas) pagos que correspondan de facto a los costes del precio de la electricidad no consumida durante el período estipulado de vigencia del contrato, con arreglo al principio de “toma o paga”?

En esencia, mediante estas dos cuestiones prejudiciales, -que el TJUE examina y responde conjuntamente-, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, si el artículo 3, apartados 5 y 7, de la Directiva 2009/72 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, en caso de resolución anticipada, por una pequeña empresa, de un contrato de suministro de electricidad celebrado por una duración determinada y con un precio fijo, con el fin de cambiar de suministrador, esa empresa está obligada a pagar la penalización contractual prevista en dicho contrato, cuyo importe puede corresponder a la totalidad del precio de la electricidad que se había comprometido a comprar, pese a que dicha electricidad no haya sido ni vaya a ser consumida, siendo así que la referida normativa no establece ningún criterio para el cálculo de tal penalización o para su eventual reducción.

En otros términos, la cuestión a dilucidar no es tanto si el consumidor (pequeña empresa) debe pagar o no penalización por cambio de suministrador (parece que de eso no hay duda), sino sobre el cálculo de la penalización: ¿puede la cuantía ascender al coste de la energía pendiente y no consumida (cláusula «*take or pay*»)?

Correlativamente, habrá que determinar si la penalización por incumplimiento de la permanencia, prevista en el contrato de suministro de energía con una empresa a precio fijo y de duración determinada, puede ser reducida cuando no se corresponda con el daño efectivamente sufrido por el suministrador, recayendo sobre el consumidor la carga de la prueba del carácter excesivo de la penalización contractual.

3. Respuesta del TJUE

La cláusula admitida por la normativa nacional (Derecho polaco) se analiza a la luz de la Directiva 2009/72/CE. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de su artículo 3, apartados 5 y 7.



La Directiva 2009/72 fue derogada y sustituida, con efectos a partir del 1 de enero de 2021, por la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE. El TJUE aplica al caso la Directiva 2009/72, vigente cuando ocurren los hechos.

Las dudas sobre la compatibilidad de la normativa polaca con el Derecho de la UE proceden del anexo I de la Directiva 2009/72, titulado «Medidas de protección del consumidor, que establecía lo siguiente: «Sin perjuicio de las normas comunitarias sobre protección de los consumidores [...], las medidas a que hace referencia el artículo 3 consisten en velar por que los clientes:

a) Tengan derecho a un contrato con el prestador del servicio de electricidad en el que se especifique:

[...]

– la duración del contrato, las condiciones para la renovación y la terminación de los servicios y del contrato y, cuando esté permitido, *la resolución del contrato sin costes*;

[...]

Las condiciones serán equitativas y se darán a conocer con antelación. En cualquier caso, esta información deberá comunicarse antes de la celebración o confirmación del contrato. [...]

[...]

e) *No deban abonar cargo alguno por cambiar de proveedor.*

[...]»

Como señala el TJUE, para interpretar una disposición del Derecho de la Unión, debe tenerse en cuenta no solo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte. En particular, la Directiva considerada pretende establecer un mercado interior de la electricidad plenamente abierto y competitivo que permita a todos los consumidores de la Unión elegir libremente a sus suministradores y a estos últimos abastecer libremente a sus clientes, promover la competitividad en el mercado interior, con el fin de garantizar el suministro de energía al precio más competitivo posible y crear condiciones de competencia equitativas en ese mercado (véanse, las sentencias de 17 de octubre de 2019, *Elektrozpredelenie Yug*, C 31/18, EU:C:2019:868, apartado 39, y de 11 de junio de 2020, *Preziden tSlovenskej republiky*, C 378/19, EU:C:2020:462, apartado 22 y jurisprudencia citada).



En este sentido, el órgano judicial que plantea la cuestión prejudicial pone de manifiesto un posible efecto (perverso) de una regulación nacional que no limita la potestad contractual de introducir penalizaciones en caso de baja anticipada o que no faculta al órgano que resuelve el conflicto para moderar las penalizaciones en atención a los daños efectivamente ocasionados por la baja unilateral: “El órgano jurisdiccional remitente considera que el hecho de que el Derecho nacional admita que se puedan estipular penalizaciones contractuales sin fijar, por lo demás, criterios para determinar sus importes podría anular el objetivo de protección de los consumidores, perseguido por el legislador de la Unión al introducir el artículo 3, apartados 5 y 7, de la Directiva 2009/72 y el artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2019/944, y la libertad de los clientes de resolver los contratos y falsear las garantías de igualdad de acceso a los clientes para las empresas eléctricas de la Unión”.

Por otra parte, excluir las cláusulas de penalización con base al artículo 3 de la Directiva 2009/72 también podría distorsionar la competencia. La necesidad de velar por que los clientes cualificados (desde el 1 de julio de 2007, todos) puedan cambiar fácilmente de suministrador, si así lo desean, no supone necesariamente la prohibición de cláusulas de permanencia. A estos efectos, lo establecido en el anexo I de la Directiva 2009/72 (resolución del contrato sin costes y prohibición de imposición de cargos por cambio de operador) no excluye la aplicación de cláusulas de penalización para compensar posibles costes del suministrador por ofrecer precios fijos durante tiempo determinado⁵. Como señala el tribunal de origen, no permitir este tipo de cláusulas sería también contraproducente para lograr los objetivos de la Directiva, pues obligaría a los suministradores a repercutir a todos sus clientes el riesgo financiero vinculado a este tipo de contrato (a precio fijo y duración determinada), lo que podría traducirse en un incremento de los precios de la electricidad respecto a ellos y lo que sería, en definitiva, contrario al objetivo de garantizar los precios más competitivos para los consumidores.

A la vista de la normativa europea reguladora del suministro eléctrico y en una interpretación acorde con los objetivos del regulador comunitario, parece que se puede concluir que no vulnera dicha normativa una normativa nacional que permite al

⁵ Hay que diferenciar entre cargos por cambiar de proveedor y penalización por incumplir la permanencia (cambio de suministrador sin costes *versus* cambio de suministrador con pago previo de la penalización por baja anticipada). Son conceptos diferentes: un usuario puede tener un contrato indefinido con precio fluctuante, cambiar de suministrador y no aplicarle por ello ningún coste; otro usuario puede tener contrato a precio fijo durante tiempo limitado y si cambia de suministrador, debe pagar penalización por baja anticipada (si está previsto en el contrato). Pero el concepto no es el cambio de suministrador sino el fin anticipado de un contrato cuyos costes se han fijado en atención a una duración determinada que resulta incumplida. Esta penalización se aplicaría en cualquier caso, aunque el motivo de la baja no fuera el cambio del suministrador, sino el cese de la relación por cualquier otro motivo (ej. cambio de domicilio).



suministrador establecer cláusulas de penalización por baja anticipada en contratos de duración determinada a precio fijo, cuando el consumidor (doméstico o no) quiera cambiar de suministrador. La normativa europea prohíbe la fijación de costes por cambio de suministrador para los consumidores finales, pero una cosa es el coste o tasa por cambio de suministrador y otra la penalización por incumplimiento de permanencia (por cambio de suministrador o por cualquier otra razón). Esta eventual penalización no retribuye los hipotéticos costes derivados del cambio de suministrador (que idealmente podrían facturarse siempre que hubiera un cambio, incluso aunque no se incumpla ninguna cláusula de permanencia). La penalización retribuye los posibles perjuicios que puede ocasionar al suministrador la baja unilateral anticipada del consumidor.

El problema no es tanto de concepto como de cuantía. En otros términos, cabe la fijación contractual de las cláusulas de penalización por baja anticipada en contratos de duración determinada, si bien las dudas surgen en torno a su cuantía: ¿se puede fijar contractualmente cualquier cantidad? ¿se puede penalizar al usuario con el pago de la energía que reste por consumir (cláusula «*take or pay*»)?

Parece claro que tanto en el marco de la Directiva de 2009, como en la de 2019 y aunque aquella no lo exija expresamente, la penalización por baja anticipada ha de ser proporcional al perjuicio efectivamente sufrido por el suministrador y que es éste quien ha de probar la causación de dicho daño. El TJUE remite al órgano nacional la determinación de la «proporción adecuada de gastos vinculados a la pérdida económica directa» de un suministrador de energía, considerando los criterios que el propio TJUE formula.

4. Cálculo de la «proporción adecuada de gastos vinculados a la pérdida económica directa» de un suministrador de energía

El órgano que plantea la cuestión advertía de que una penalización contractual de tipo «*take or pay*» hace recaer sobre el cliente todo el riesgo financiero de dicho contrato, por lo que tal penalización sería manifiestamente excesiva y podría obligar al cliente a proseguir la ejecución del contrato, aunque no lo deseara. Sin embargo, para tales contratos, la «pérdida económica directa» podría corresponder a los costes relacionados con el suministro de energía al cliente de que se trate y a la necesidad de mantener la totalidad de la infraestructura, a los gastos derivados de los contratos de transporte o de distribución ya celebrados y a los salarios. Por ello, alberga dudas acerca de la interpretación del concepto de «proporción adecuada de gastos vinculados a la pérdida económica directa» de un suministrador de energía y se pregunta si la Directiva 2009/72 exige que la normativa nacional establezca expresamente cómo deben calcularse dichos gastos.



La apreciación de la proporcionalidad de la penalización corresponde al órgano nacional (judicial o administrativo) llamado a resolver el litigio. No obstante, el TJUE formula los criterios a considerar para valorar la proporcionalidad (apdo. 52). Así, a efectos de dicha apreciación, pueden tenerse en cuenta, en particular, la duración inicial del contrato; la duración que quedaba por transcurrir en el momento de su resolución, la cantidad de electricidad comprada para la ejecución de dicho contrato, pero que finalmente no será consumida por el cliente, y los medios de que habría dispuesto un suministrador razonablemente diligente para limitar las eventuales pérdidas económicas sufridas como consecuencia de esa resolución anticipada. Adviértase de la naturaleza de concepto jurídico indeterminado de este último criterio.

5. Conclusiones sobre el cambio de suministrador y las cláusulas de penalización por incumplimiento de permanencia

En el proceso de análisis de la cláusula cuestionada y de interpretación de la normativa reguladora del suministro eléctrico, el TJUE llega a las siguientes conclusiones respecto a los derechos garantizados por la normativa europea reguladora del mercado eléctrico:

1º) La Directiva 2009/72, derogada a partir del 1 de enero de 2021 por la Directiva 2019/944, garantiza el derecho de los consumidores (de todos, domésticos o no) al cambio de suministrador, conforme a las condiciones contractuales, en un plazo de tres semanas;

2º) Los Estados miembros han de adoptar las medidas oportunas para proteger a los clientes finales, garantizar un elevado nivel de protección del consumidor, sobre todo en lo que se refiere a la transparencia de las condiciones contractuales, y a velar por que los clientes cualificados (desde el 1 de julio de 2007, todos) puedan cambiar fácilmente de suministrador, si así lo desean. Además, al menos por lo que respecta a los clientes domésticos, estas medidas deberán incluir las que se enuncian en el anexo I de la Directiva citada.

3º) Los Estados miembros tienen libertad para prever que, en caso de resolución anticipada, por una pequeña empresa, de un contrato de suministro de electricidad celebrado por una duración determinada y con un precio fijo con el fin de cambiar de suministrador, dicha empresa resulte obligada a pagar la penalización contractual estipulada en el contrato.

4º) Ninguna disposición de la Directiva 2009/72 obliga a los Estados miembros a prever la posibilidad de cambiar de suministrador sin costes, o medidas similares, en favor de los clientes finales no domésticos, aunque se trate de pequeñas empresas.



5º) Caben penalizaciones para compensar posibles costes del suministrador por ofrecer precios fijos durante tiempo determinado. No permitir las sería contraproducente pues obligaría a los suministradores a repercutir a todos sus clientes el riesgo financiero vinculado a este tipo de contrato (a precio fijo y duración determinada), lo que podría traducirse en un incremento de los precios de la electricidad respecto a ellos y lo que sería, en definitiva, contrario al objetivo de garantizar los precios más competitivos para los consumidores.

6º) Pero las penalizaciones deben ser proporcionales a los costes en los que incurre el suministrador. La consecución de los objetivos de la Directiva 2009/72 (que los consumidores se beneficien de mercado competitivo) se pondría en peligro si una normativa nacional permitiera la imposición de penalizaciones contractuales que no guardaran proporción con los costes ocasionados por el contrato, pero no totalmente amortizados como consecuencia de la resolución anticipada de este último. En efecto, tales penalizaciones pueden disuadir artificialmente a los clientes afectados de rescindir anticipadamente su contrato de suministro de electricidad de duración determinada y precio fijo con el fin de cambiar de suministrador y, de este modo, impedirles disfrutar plenamente de un mercado interior de la electricidad competitivo y liberalizado.

7º) Se frustrarían los objetivos de la Directiva si la autoridad administrativa o judicial que conoce del asunto no pudiera evaluar el importe de una penalización contractual como la controvertida y, en su caso, imponer su reducción, incluso su supresión, si resultase que esta es, a la vista de todas las circunstancias que caracterizan el asunto de que se trate, de un importe desproporcionado con respecto a los costes ocasionados por un contrato como el controvertido, pero no amortizados totalmente a causa de la resolución anticipada de este, de modo que, en la práctica, privaría de contenido al derecho del cliente final a poder cambiar fácilmente de suministrador y menoscabaría los objetivos de la Directiva 2009/72.

En síntesis, por lo que aquí interesa, tanto la Directiva 2009/72 como ya de forma más explícita la Directiva 2019/944⁶ exigen que las normas nacionales establezcan tres tipos

⁶ Su artículo 4 obliga a los Estados a garantizar el derecho a la libre elección del suministrador, de modo que «todos los clientes sean libres de adquirir electricidad al suministrador de su elección y [...] que todos los clientes puedan tener más de un contrato de suministro de electricidad de forma simultánea, siempre que se establezcan los puntos de conexión y de medición necesarios». Por su parte, el artículo 12 de la citada Directiva 2019/944, titulado «Derecho a cambiar de suministrador y normas aplicables a las tasas relacionadas con el cambio», dispone, en su apartado 3, que «[...] Los Estados miembros *podrán permitir que los suministradores [...] cobren penalizaciones por resolución del contrato* a los clientes que pongan fin voluntariamente a contratos de suministro de precio fijo de electricidad [de duración determinada] antes de su vencimiento, siempre y cuando esas *penalizaciones formen parte de un contrato que el cliente haya*



de garantías: 1º) Que garanticen que un cliente final (de cualquier tipo) pueda, si lo desea, cambiar de suministrador de electricidad fácilmente, respetando las condiciones de su contrato de suministro de electricidad; 2º) Que las estipulaciones contractuales sean transparentes, es decir, que estén redactadas en términos claros, que permitan al cliente comprender su alcance antes de la firma del contrato, y sean libremente consentidas; 3º) Que establezcan un procedimiento de resolución de los conflictos entre los consumidores y su suministrador de electricidad, en el que el órgano (administrativo o judicial) llamado a resolver pueda valorar la proporcionalidad de las penalizaciones por incumplimiento de permanencia.

Respecto al caso concreto, el TJUE concluye que la cláusula cuestionada no vulnera la normativa europea si respeta el principio de transparencia (el usuario es consciente de su inclusión) y si la normativa nacional prevé un mecanismo de moderación por parte de la autoridad (administrativa o judicial) llamada a resolver el conflicto inter partes, que permita ponderar las circunstancias concurrentes y en su caso, imponer su supresión o reducir el coste de la cláusula si considera que el perjuicio sufrido por el suministrador no justifica la aplicación literal de la cláusula (apdo. 55).

6. Las penalizaciones por baja anticipada en la normativa española

En el caso, se analiza la normativa polaca. En España, el régimen de las cláusulas de penalización por baja anticipada en contratos de suministro de duración determinada se configura por las reglas que a continuación se exponen.

Con carácter general, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias⁷ admite las cláusulas de permanencia y correlativamente las penalizaciones siempre que la duración no sea «excesiva»⁸ y que la

celebrado voluntariamente y sean comunicadas claramente al cliente antes de celebrar el contrato. Dichas penalizaciones serán proporcionadas y no sobrepasarán la pérdida económica directa para el suministrador [...] que resulte de la resolución del contrato por parte del cliente, incluidos los costes de cualquier inversión o servicios agrupados ya prestados al cliente como parte del contrato. La carga de la prueba de la pérdida económica directa recaerá siempre sobre el suministrador [...] y la permisibilidad de las penalizaciones por resolución del contrato será supervisada por la autoridad reguladora u otra autoridad nacional competente.»

⁷ BOE núm. 287, de 30/11/2007.

⁸ En el sector de las telecomunicaciones, se fija como plazo de duración máxima 24 meses (arts. 105.1 Directiva 2018/1972/UE, de 11 de diciembre, establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, DO L 321, 17 diciembre 2018 y art. 67.7 Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, BOE 29 junio 2022, núm. 155).



penalización se corresponda con los «daños efectivamente causados» (art. 87.6 TRLGDCU⁹).

En la normativa sectorial, el artículo 44.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico¹⁰ reconoce a los consumidores el derecho a «elegir su suministrador, pudiendo contratar el suministro con uno o varios de los siguientes sujetos, en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezca por el Gobierno» [...] (apdo. c); el derecho a formalizar un contrato con el suministrador con el contenido estipulado en el que conste, entre otras, «la duración del contrato, condiciones para su renovación y las causas de rescisión y resolución de los mismos, así como el procedimiento para realizar una u otras» (apdo.d.2º); el derecho a «realizar el cambio de suministrador sin coste alguno y en los plazos legal y reglamentariamente establecidos» (apdo. k). Correlativamente, las empresas suministradoras están obligadas a «cumplir los plazos que se establezcan reglamentariamente para las actuaciones que les corresponden en relación con los cambios de suministrador» (art. 46.1.p).

Por su parte, el artículo 5.3 del Real Decreto 897/2017 prevé el cambio de suministrador del mercado libre al mercado regulado cuando el usuario cumpla los requisitos para acogerse al bono social. En este caso, «*el cambio de la modalidad de contratación a PVPC, acreditando los requisitos para ser considerado vulnerable, siempre que no se modifiquen los parámetros recogidos en el contrato de acceso de terceros a la red, se llevará a cabo sin ningún tipo de penalización ni coste adicional para el consumidor*». A contrario, los cambios de suministrador por un consumidor no vulnerable sí podrían conllevar penalizaciones, siempre que concurren el resto de los requisitos exigidos.

Por último, no existiendo en el ordenamiento español un sistema específico de resolución de conflictos en el sector eléctrico diferente a los generales (sistema judicial y arbitral, en particular, el arbitraje de consumo), se ha de traer a colación la facultad general de moderación de las cláusulas penales atribuida al juez cuando la obligación hubiera sido

⁹ «Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

6. Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, *la imposición de plazos de duración excesiva*, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las *cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente* o la fijación de *indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.*»

¹⁰ BOE núm. 10, de 27 de diciembre de 2013.



en parte o irregularmente cumplida por el deudor (art. 1154 CC). Esta facultad daría cumplimiento a las exigencias del Derecho comunitario respecto a la posible moderación de la penalización por baja anticipada cuando resulte desproporcionada o excesiva en relación con los perjuicios efectivamente ocasionados al suministrador.